

# Uma “questão de princípio”: a distinta dimensão da boa-fé nos contratos administrativos

*Pedro Moniz Lopes*<sup>1</sup>  
Advogado

**Sumário:** 1. Introdução: uma “questão de princípio”. 2. Os subsistemas normativos e a sua importância para o contrato administrativo. 3. Os equívocos da “resposta positiva”. 4. Subsistemas normativos e princípios próprios: os riscos da transposição acrítica de princípios. 5. A disfuncionalidade da aplicação dos cânones interpretativos civilísticos ao contrato administrativo: o caso da boa-fé.

## 1. Introdução: uma “questão de princípio”

O presente texto desenvolve-se a partir de uma questão teórica, marcadamente central “até que ponto é juridicamente admissível aplicar as normas jurídico-civis aos contratos administrativos?” (doravante a “questão”). A “questão” pode ser formulada de outro modo, mas redonda sempre num radical comum: (i) até que ponto o Direito Civil é o Direito Comum de todos contratos; (ii) até que ponto o Direito Civil é subsidiário perante o Direito Administrativo, em geral ou especificamente em matéria contratual; (iii) até que ponto o histórico conceito de “contrato administrativo” se diluiu num conceito *macro* de “contrato”, que alberga meras diferenças de grau entre aquele e os “contratos de direito privado celebrados pela administração”; (iv) estará um civilista ou um administrativista mais apetrechado para dilucidar questões jurídicas sobre contratos administrativos etc. É, também, possível afunilar a “questão” sem

---

<sup>1</sup> Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Investigador Principal do Centro de Investigação de Direito Público (CIDP) da FDUL. Membro do Lisbon Legal Theory Group (LxLTG). Diretor Executivo da revista *e-Publica* (<https://e-publica.pt/>). Autor de *Contratos administrativos e boa fé* (2019), *Derrotabilidade normativa e normas administrativas* (2019) e *Princípio da boa fé e decisão administrativa* (2011). E-mail: plopes@fd.ulisboa.pt.

modificar a raiz: “até que ponto a boa-fé tem, nos contratos administrativos, operatividade idêntica à que apresenta a respeito dos contratos de direito privado?”. Todas estas subquestões são, respetivamente, traduções ou instanciações da “questão” enunciada ao início.

A dimensão teórica da “questão” esconde consequências práticas da maior importância. Na generalidade dos ordenamentos, as normas de Direito Civil regulam aspetos da formação, interpretação e execução dos contratos civis (e, também, da sua invalidação, redução, conversão etc.). Por conseguinte, da resposta à “questão” resultam diferentes consequências. Admitir *tout court* a aplicação de normas jurídico-civis aos contratos administrativos (a “resposta positiva”) implicará determinadas consequências em matéria de formação, interpretação e execução contratual. A “resposta negativa” implicará consequências radicalmente diferentes em cada um desses pontos. Uma resposta condicionalmente positiva (a “resposta intermédia”, no sentido da admissibilidade da aplicação de Direito Civil apenas quando normas jurídico-públicas de receção o prevejam) justificará um tratamento diferenciador, consoante as matérias alvo da receção<sup>2</sup>.

Os operadores jurídicos são diariamente convocados a dar resposta à “questão” e, simultaneamente, a ser consistentes e coerentes na aplicação daquela, em cada uma das suas instanciações. Não poderão responder positivamente à “questão” e, posteriormente, num *cherry-picking* de determinadas matérias (e.g. execução de contrato administrativo), inverter, sem mais, o sentido da resposta dada. Apenas o poderão fazer no âmbito da “resposta intermédia”, quando houver justificação bastante para uma derrogação à “resposta negativa”. Todavia, mesmo aí o argumento não é definitivo: a existência de lei (*lato sensu*) que justifique a derrogação apenas desloca o foco da análise para o escrutínio da coerência do (sub)sistema onde se derroga<sup>3</sup>. Os sistemas jurídicos são

<sup>2</sup> Por exemplo, a “resposta intermédia” implica que a resposta seja negativa em caso de interpretação (supondo-se que não haja normas jurídico-públicas de receção) e positiva em caso de execução (supondo-se que as haja). Na tese da “resposta intermédia”, claro está, a “resposta negativa” opera como “resposta por defeito” (i.e., quando não exista norma de receção a determinar o contrário). Sobre esta problemática, noutro contexto, cf. LOPES, P. Moniz. *Contratos administrativos e boa fé*. Lisboa: AAFDL, 2019. p. 25 *et seq.*

<sup>3</sup> A consistência prende-se simplesmente com a não contradição. A coerência normativa exige que as premissas de um sistema normativo reflitam uma visão unitária da porção do mundo modelado pelo sistema normativo e, nessa medida, traduzam as propriedades da compreensividade, da completude, do suporte argumentativo e da mútua justificação entre as várias partes do todo que constitui o Sistema. Cf. LOPES, P. Moniz. *Balancing principles and “a fortiori” reasoning*. In: DUARTE, D.; SAMPAIO, J. Silva (ed.). *Proportionality in law: an analytical perspective*. Dordrecht: Springer, 2019. p. 137-157.

enformados por princípios que operam como garantes da consistência normativa<sup>4</sup>. Logo, uma lei que, sem justificação racional em princípios desse subsistema, opere inversões à resposta pressuposta será, muito provavelmente, inconstitucional.

A “questão” enunciada é uma questão de princípio, sob as várias aceções da expressão. É uma questão de princípio, quer porque é uma questão estruturante e basilar, quer porque está diretamente conexas com a aplicabilidade de princípios jurídicos próprios de diferentes subsistemas jurídicos (de Direito Civil e de Direito Administrativo)<sup>5</sup>. Mas também é uma questão de princípio porque serve de bússola para a aplicação consistente e coerente dos ordenamentos jurídicos e, simultaneamente, serve de travão para uma aplicação “conveniente” de normas de Direito Público e normas de Direito Privado aos casos, consoante o demandem interesses políticos, económicos ou até académicos. Dar resposta à “questão” significa, portanto, adotar um padrão de objetividade em que se alicerçam decisões válidas dos operadores jurídicos. Não podem estar em causa tentativas de conquista ou captura de questões jurídicas por determinados ramos do direito quando o que efetivamente se coloca é a aplicação coerente e unitária do próprio direito.

## 2. Os subsistemas normativos e a sua importância para o contrato administrativo

Em grande parte dos ordenamentos jurídicos não existe uma definição de contrato administrativo. Apesar de lhe fazer referência, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos brasileira (Lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021) não define o conceito. Em Portugal, a progressiva autonomização da figura acabou por redundar na previsão legal expressa, já com larga tradição doutrinária, da dicotomia entre “contratos administrativos, sujeitos a um regime substantivo de Direito Administrativo,

<sup>4</sup> Cf. LOPES, P. Moniz. *Princípio da boa fé e decisão administrativa*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 96-97; GUASTINI, R. Los principios en el derecho positivo. In: GUASTINI, R. *Distinguendo*: estudios de teoría y metateoría del derecho. Barcelona: Gedisa, 1999. p. 142 et seq., p. 151 et seq.

<sup>5</sup> Sobre o conceito de princípio utilizado em texto, cf. LOPES, P. Moniz. *The Syntax of Principles: Genericity as a Logical Distinction between Rules and Principles*. *Ratio Juris*, v. 30, n. 4, 2017, p. 471-490; Idem. *Derrotabilidade normativa e normas administrativas*: o enquadramento das normas regulamentares na teoria dos conflitos normativos: parte I: a estrutura da norma e a derrotabilidade normativa. Lisboa: AAFDL, 2019. v. I, p. 157-199.

ou contratos submetidos a um regime de Direito Privado”<sup>6</sup>; não existe, todavia, uma definição clara. E, porventura, não é desejável que exista, sob pena de subinclusividade.

Tanto em Portugal como no Brasil, a identificação de contrato administrativo resulta de indícios de administratividade<sup>7</sup>. A justificação da distinção entre “contrato administrativo” e “contrato de direito privado celebrado pela administração” conflui na própria justificação da distinção entre os subsistemas normativos de Direito Público e Direito Privado<sup>8</sup>. Os vários critérios utilizados para aquela identificação são simples reproduções aplicadas dos critérios que têm sido utilizados, isolada ou conjugadamente, para caracterizar um (sub)sistema de normas como jurídico-administrativo, a saber: a) a teoria da posição dos sujeitos em relação jurídica<sup>9</sup>;

<sup>6</sup> Cf. artigo 200, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo. O ordenamento jurídico português já contemplou uma norma definidora (minimalista) no §2.º do artigo 815 do Código Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 31 095, de 31 de dezembro de 1940. Cf. M. Aroso de Almeida, *O Problema do Contrato Administrativo*, Coimbra: Almedina, 2018, p. 23.

<sup>7</sup> O Código dos Contratos Públicos prescreve, no artigo 280, que se entendem por “contratos administrativos” todos aqueles contratos que: a) sejam qualificados como públicos ou submetidos a um regime legal substancialmente público; b) denotem uma fungibilidade ou alternatividade entre o contrato a qualificar e um ato administrativo, ou contratualizem o exercício de *ius imperii*; c) atribuam ao cocontratante privado direitos exorbitantes sobre coisas públicas ou funções típicas dos órgãos do contraente público e; d) sejam submetidos (ou passíveis de submissão), pela lei, a um procedimento jurídico-público de formação contratual e em que a prestação do cocontratante privado possa relevantemente condicionar ou substituir a realização das atribuições do contraente público. No Brasil, M. S. Zanella di Pietro reporta-se ao a) critério orgânico (ou critério da sujeição), alusivo às prerrogativas de *ius imperii* do contraente público; b) ao critério do objeto, respeitante à incidência contratual sobre organização e funcionamento de serviços públicos e atividades materialmente administrativas; c) ao critério da finalidade, que se reporta à funcionalização dos contratos, total ou principalmente, à prossecução do interesse público; d) ao critério do procedimento, que pressupõe uma tramitação de formalidades prévias à celebração do contrato, inexistente (pelo menos a título vinculativo) na contratação privada e; e) ao critério das cláusulas exorbitantes do Direito Comum, atributivas de poderes especiais, nomeadamente de conformação contratual, a favor do contraente público. Cf. DI PIETRO, M. S. Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo, Atlas, 2007. p. 235.

<sup>8</sup> Afirmando que a distinção entre Direito Privado e Direito Público é fundamental “*para delimitar as noções de ato e contrato administrativo, porque ambas pertencem ao “âmbito do Direito Público” (§§ 35 e 54 VwVfG)*”, cf. MAURER, H. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, 2011 (edição espanhola: MAURER, H. *Derecho administrativo: parte general*. Traducción de G. Pascual. Barcelona: Marcial Pons, 2011. p. 82.). Cf. LOPES, P. Moniz. *Contratos administrativos e boa fé*, p. 7-39.

<sup>9</sup> O critério foi abandonado fruto da (i) regulação de sujeitos privados investidos de *ius imperii* por normas de Direito Administrativo em casos, por exemplo, como os de concessões de serviços públicos, bem como da (ii) regulação de sujeitos privados por normas de Direito Administrativo, independentemente do exercício das funções administrativas, como é o caso das relações jurídicoadministrativas *inter privados*. Sobre estas, cf. GONÇALVES, P. *Entidades privadas com poderes públicos*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 140 *et seq.*, 303 *et seq.*

b) a teoria da liberdade e competência<sup>10</sup>; c) a teoria modificada dos sujeitos (Zuordnungstheorie)<sup>11</sup>; e d) a teoria do interesse (principalmente) prosseguido<sup>12</sup>.

O tratamento desta matéria merecerá outro fôlego em obra futura; para já importa referir que a discussão sobre a sobrevivência, ou morte, do contrato administrativo está eivada de um essencialismo platónico que desvia o foco do essencial. O “contrato administrativo” não existe: é uma categoria e quaisquer categorias ou classes, enquanto entidades abstratas, não existem na realidade do mundo. São criações humanas instrumentalizadas à sistematização da representação das coisas singulares que o compõem: *in casu*, vários contratos e vários regimes jurídicos<sup>13</sup>. O que interessa não é responder à pergunta “o que é um contrato administrativo?”, mas sim responder às questões “como devo chamar ao acordo de vontades sujeito a um regime jurídico com características X, Y e Z? (“contrato administrativo?”)”; “devo chamar o mesmo ao acordo de vontades sujeito a um regime com características W, Y e Z?”; “a semelhança é suficiente para a categoria ser útil?”. Este é o primeiro passo para procurar uma resposta à “questão”.

### 3. Os equívocos da “resposta positiva”

Existe um equívoco de base na “resposta positiva”: a sua filiação na Escola historicista do Direito. Menezes Cordeiro – jusprivatista e o maior expoente português desta posição – sustentou, em 2006, que o Direito Civil é Direito Comum com domínio de aplicação subsidiária, sem necessidade

---

<sup>10</sup> Cf. SCHMIDT-ASSMAN, E. *Das Allgemeinen Verwaltungsrecht als Ordnungs Idee, Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichern Systembildung*, tradução castelhana de Javier Barnes Vázquez e. al. (Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 293-294).

<sup>11</sup> A pedra de toque desta teoria modificada – por referência à teoria dos sujeitos – reside, essencialmente, na abrangência de sujeitos públicos pelo Direito Privado. Contudo, a teoria falha na delimitação do Direito Privado, que é apenas negativamente recortado a partir do Direito Público.

<sup>12</sup> Cf. SOUSA, M. Rebelo de; MATOS, A. Salgado de. *Direito administrativo geral*. 3. ed. Lisboa: D. Quixote, 2008. v. 1, p. 52. A teoria, sem complemento, não fornece, contudo, qualquer critério para a deteção das normas que regulam os sujeitos de Direito Privado ou a atividade administrativa de Direito Privado, as quais são integradas *residualmente* no conjunto do Direito Privado. Assim, CASETTA, E. *Manuale di diritto amministrativo*. 10. ed. Milano: Giuffré, 2008. p. 11.

<sup>13</sup> Cf. PANACCIO, C. Nominalism and the theory of concepts. In: CHOEN, H.; LEFEBVRE, C. (ed.). *Handbook of categorization in cognitive science*. Amsterdam: Elsevier, 2005. p. 993 *et seq.*

de normas de receção, no âmbito do Direito Público<sup>14</sup>. A tese tem vocação geral, mas é de aplicação concreta ao caso dos contratos administrativos<sup>15</sup>.

Como se comprova a partir das obras citadas em seu apoio, a tese de Menezes Cordeiro corresponde à transposição, para Portugal, de uma posição que vigorou circunstanciadamente na Alemanha, condicionada às especificidades dos dados de direito positivo<sup>16</sup>; perdeu, todavia, grande parte dos seus pressupostos de apoio. Ao contrário do Direito francês ou português, o Direito alemão não compreendia, à data, um regime especial de vocação geral que garantisse poderes específicos às entidades públicas<sup>17</sup>. Para os contratos celebrados pela administração germânica, a submissão ao Direito Privado era a regra e a submissão ao Direito Público era a exceção<sup>18</sup>. Fruto da evolução jurisprudencial e doutrinária – e, sobretudo,

<sup>14</sup> Cf. CORDEIRO, A. Menezes. Do direito privado como direito comum português. In: MIRANDA, Jorge (coord.). *Estudos em Honra de Ruy de Albuquerque*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. v. 1, p. 103-130, em especial quanto à aplicação subsidiária, p. 128-129. A posição do autor é, aliás, transversal a três escritos: além do anterior, cf. Idem. Contratos públicos: subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro. *Cadernos O Direito*, Coimbra, n. 2, p. 11-30, 2007; e Idem. *Tratado de direito civil português, i-i, introdução, doutrina geral, negócio jurídico*. 2. ed. Coimbra, 2000. p. 29-34. Ali se refere: “perante qualquer situação carecida de tratamento jurídico, na ausência de regras especiais – de Direito público ou outras – que tenham uma pretensão de aplicabilidade, há que recorrer ao Direito Civil. Trata-se de uma consequência automática da sua natureza como Direito comum. Digamos que o Direito comum é mais extenso e menos intenso, enquanto o Direito especial, menos extenso, tem, no seu campo de aplicação, maior intensidade [...] assim, o Direito público será especial em relação ao Direito civil; mas é comum em relação ao Direito fiscal [...] o Direito civil é o mais comum e o mais abstrato de todos os ramos do Direito. Constitui a base a partir da qual, por especialização, por negação, por complementação ou por inovação se vão erguendo todos os demais ramos jurídicos normativos”. Trata-se de uma tese que, algo contrafactivamente, Menezes Cordeiro indica como sendo “geralmente reconhecida pelos administrativistas”. Tal não corresponde, como se verá, nem ao atual panorama doutrinário, quer em Portugal, quer em Alemanha, de onde a teoria é transposta, nem ao panorama à data de 2006. Como refere lapidarmente Sérulo Correia, “[...] em Portugal, como na Alemanha, o Direito comum para as situações jurídicas administrativas, entre as quais de natureza contratual, é o Direito Administrativo”. Cf. CORREIA, J. M. Sérulo. Anot. ao art. 200. In: QUADROS, F. de et al. (ed.). *Comentários à revisão do código do procedimento administrativo*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 438.

<sup>15</sup> Idem, Contratos públicos, p. 11-30. Para uma crítica mais completa à tese de Menezes Cordeiro, cf. LOPES, P. Moniz. *Princípio da boa fé e decisão administrativa*, p. 95-120.

<sup>16</sup> A. Menezes Cordeiro (*Do direito privado como direito comum português*, p. 113-114) cita dois livros de jusprivatistas alemães: LARENZ K.; WOLF, M. *Allgemeiner Teil*. 9. ed. München: Verlag C.H. Beck, 2004. p. 7; e LEIPOLD, D. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004. p. 7.

<sup>17</sup> Cf. MASING, J. Les prerogatives de controle exercées par l’administration relativement a l’exécution des marches publics en Allemagne. In: MARCOU G. et al. (ed.). *Le controle des marches publics*. Paris: IRJS Editions, 2009. p. 311 et seq.

<sup>18</sup> Cf. FROMONT, M. *Droit administratif des états europeens*. Paris: Thémis Droit, 2006. p. 313 et seq. Nessa medida, o “contrato público” germânico (“öffentlich-rechtlicher Vertrag”), codificado nos artigos 54 et seq. da *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)*, não está concebido como um meio para

da influência do direito europeu da contratação pública – a doutrina alemã especializada (Stelkens) é clara ao afirmar que “esta concepção [a tese da “resposta positiva” sustentada por Menezes Cordeiro] teve de ser totalmente modificada”, uma vez que “as diretivas europeias exigem que os Estados-membros atribuam direitos exequíveis de igualdade de tratamento e transparência nos processos de contratação pública [...]”<sup>19</sup>.

A Escola historicista presta-se, em geral, a várias críticas. Não é este exemplo caso único. Não cabe tratar delas aqui. Centrando a discussão na “questão” enunciada ao início, vê-se, desde logo, que a antecedência histórica do Direito Civil não cauciona qualquer relação de generalidade/especialidade entre (sub)sistemas normativos; nem se compreende como essa antiguidade poderia implicar a aplicação subsidiária de um tecido normativo. Não se trata de desconsiderar a importância relativa da contextualização histórica. Trata-se apenas de constatar que o facto de o conceito de “contrato administrativo” ter “a sua matriz no longo e tradicional desenvolvimento da noção dos contratos de Direito Privado” não é minimamente decisivo para responder à “questão” enunciada ao início<sup>20</sup>. Nem sequer é relevante para tal resposta que o alegado movimento

---

a contratação, mas como uma *alternativa para a emissão de decisões administrativas*, especialmente em casos nos quais as relações jurídico-públicas pré-existentes devam ser modificadas. Cf. STELKENS, U. *Public-private law divide: annual report 2010*. Germany, 2011. p. 13. Disponível em: [http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/23\\_11\\_2011\\_10\\_39\\_Stelkens.pdf](http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/23_11_2011_10_39_Stelkens.pdf).

<sup>19</sup> A evolução não foi uniforme, como Stelkens demonstra: “Sem prejuízo do exposto, a transposição das diretivas foi levada a cabo de modo minimalista, de forma a que, fora do âmbito das diretivas, o procedimento de contratação ainda caia no âmbito do Direito Privado [...]”. Isto leva a uma completa disjunção no direito da contratação pública, consoante o contrato caia no âmbito das diretivas europeias ou não. Esta situação é altamente criticada pela doutrina e jurisprudência administrativistas, que sustentam que as regras procedimentais para a adjudicação de contratos públicos são regras procedimentais de Direito administrativo que devem ser aplicadas por tribunais administrativos mesmo se o contrato subsequente seja um contrato de direito privado. [...] Na realidade, as regras sobre a igualdade de tratamento e transparência no decurso do procedimento de adjudicação de contratos públicos são definitivamente regras com natureza de Direito Público, no sentido em que estabelecem regras especiais que são vinculativas para as entidades públicas, mas que não existem para as entidades contratantes privadas [...] Estas regras [...] não podem deixar de ter implicações nos contratos subsequentes se e na medida em que concernem as consequências no caso de ilegalidades (terá um violação dessas regras pela entidade pública contratante consequências para o contrato subsequente?). A integração destas regras num regime de Direito Privado parece, portanto, ser problemática e levar a uma mistura que é insatisfatória, quer de um ponto de vista prático como de um ponto de vista teórico”. Cf. STELKENS, U. *Public-private law divide*, p. 12-15. Sobre esta evolução, cf. HUBER, P. *The europeanization of public procurement in Germany*. *EPL*, 7, 2001, p. 33 *et seq.* Em Portugal, sobre o efeito unificador do direito europeu, cf. OTERO, P. *Legalidade e administração pública*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 486.

<sup>20</sup> A expressão citada é de HORBACH, C. Bastide. Contratos administrativos: conceito e critérios distintivos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 6, n. 1, p. 43-44, jan./jul. 2016.

de g nese desse conceito tenha resultado de uma autonomia processual (no âmbito do *Conseil d' tat*) que antecedeu e precipitou uma autonomia substantiva (quer conceptual, quer de regime)<sup>21</sup>. Antecedência histórica e motivo determinante da constru o conceptual nada têm que ver com consistência e coerência de (sub)sistemas normativos.

O conceito de “contrato administrativo” não se descobre, nem se revela, porque nada há a descobrir ou a revelar a respeito de um conceito que   normativamente constituído<sup>22</sup>. A utilidade da sua distin o a partir dos contratos civis – nomeadamente para a defini o do direito subsidiário – exige, como bem aponta a voz insuspeita de Maurer, uma constru o dogmática que não assente meramente na “tradi o”<sup>23</sup>.

Como qualquer conceito, o conceito de “contrato administrativo” serve a fun o de ligar condi es e factos operativos a consequências. Atente-se no raciocínio por transitividade de um exemplo habitual: a) o contrato X   um “contrato administrativo”; b) os “contratos administrativos” podem ser modificados por razões de interesse público e c) o contrato X pode ser modificado por interesse público. Facilmente se compreende que apenas verdadeiramente interessa saber se o contrato X pode ser modificado por razões de interesse público; o passo elencado em b)   mero instrumento para alcançar c)<sup>24</sup>. Responder a essa particular questão enunciada   uma questão de direito positivo e de aplica o consistente e coerente do (sub)sistema normativo; não   uma questão histórica ou conceptual. O método indiciário enunciado – de qualificar como administrativo qualquer contrato com determinadas características formais, procedimentais, de objeto ou de regime –  , em última análise, um método de resultado contingente. Funciona na estrita medida em que

<sup>21</sup> Neste sentido, ESTORNINHO, M. João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 35-37.

<sup>22</sup> Como afirma Sérvulo Correia, “[...] o legislador continua a perfiilar o postulado de que a natureza administrativa de certos contratos, desse modo destacados da ampla categoria jurídica do contrato tal como configurada no Código Civil, depende da incidência de critérios de administratividade, de preferência normativamente explicitados. Se quisermos, porém, falar sinteticamente em “critério”, esse  , naturalmente, o da pertenc a da figura ao Direito Administrativo.” Cf. CORREIA, J. M. Sérvulo. *Anot. ao art. 200*, p. 427. Sobre os conceitos derivados, cf. NINO, C. Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Ariel Derecho, 2003. p. 165.

<sup>23</sup> Assim, referindo que a teoria da tradi o não pode ser confundida com teorias delimitadoras dogmaticamente fundamentadas, cf. MAURER, H. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, p. 86.

<sup>24</sup> Já assim, ROSS, A. T -T . *Harv. L. Rev.*, v. 70, n. 5, p. 812-825, 1957.



o ordenamento jurídico tenha (e mantenha) determinadas características: não é uma invariante histórica.

Em segundo lugar, a qualificação do Direito Civil como Direito Comum redundaria na conclusão inconcebível de que o Estado seria, afinal de contas, um *privado especial*<sup>25</sup>. A tese da “resposta positiva” esconde a evidência do Direito Público como complexo normativo regulador do exercício das funções estaduais e desconsidera o próprio objeto das normas integradas nesse subconjunto. As funções do Estado representam, perante as condutas de um sujeito privado, um *quid aliud*, não um *quid plus*; o objeto de regulação das normas de Direito Público (o exercício das funções estaduais e as relações jurídicas daí advenientes) recai sobre um elemento distinto do objeto do Direito Privado. O subconjunto de normas do Direito Privado não é maior do que o subconjunto de normas de Direito Público, nem este último é mais específico que aquele. Este não é analiticamente especial ou excecional diante daquele: é diferente<sup>26</sup>. A utilização pela administração, sem suporte normativo, do Direito Privado tornou-se “desacreditada, vista como uma forma de a administração escapar para o Direito Privado” (*Flucht ins Privatrecht*), de modo a iludir as suas obrigações de Direito Público<sup>27</sup>. O mesmo se passa, por identidade de razão, quando esse Direito Privado é aplicado, com base na “resposta positiva”, por tribunais judiciais ou arbitrais.

À exceção do que ocorre no ordenamento francês – onde, por especificidades constitucionais, o Direito Administrativo continua a ser visto

---

<sup>25</sup> Cf. LOPES, P. Moniz. *Princípio da boa fé e decisão administrativa*, p. 117 et seq.

<sup>26</sup> É, aliás, o próprio critério analítico de especialidade (o único critério sólido para a diluição da questão, segundo se entende) que desmente a consideração do Direito Privado como Direito Comum. Assentando-se que o Direito Privado regula as condutas intersubjetivas privadas (cf. PINTO, C. A. Mota. *Teoria geral do direito civil*, p. 42; CORDEIRO, A. Menezes. *Tratado de direito civil*, I-1, p. 31) e que o Direito Público regula o exercício das funções (condutas) estaduais, conclui-se que as realidades em comparação não são nem mais nem menos específicas, mas sim distintas. Só apenas assim não seria se se considerasse que o Direito Privado corresponderia ao ramo do Direito que regulava, sem mais, todas as condutas, o que manifestamente não é o caso, desde logo porque todas as normas (primárias) do ordenamento – enquanto sentidos de dever ser reguladoras de condutas – seriam, sem razão válida para o efeito, reconduzidas ao Direito Privado. A ser assim, a distinção entre ramos do Direito não assentaria num critério racional.

<sup>27</sup> Refere-se a famosa expressão cunhada por FLEINER, F. *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*. 8. ed. 1928. p. 326. Aliás, não deixa de existir uma visível ligação entre a sustentação radical dessa solução e uma ideologia política neoliberal, sob a égide da qual o Direito Civil surge como o “*único Direito Comum e único Direito da liberdade, cujos cultores seriam os únicos homens e mulheres de leis, ao passo que os administrativistas não passariam de ‘juristas de Estado’*”. Assim, com vasta bibliografia, cf. CORREIA, J. M. Sérvulo. *Anot. ao art. 200*, p. 439.

como um direito derogatório do Direito Civil<sup>28</sup> – é esmagadoramente maioritária, em Portugal, a posição segundo a qual o Direito Administrativo é o Direito Comum da função administrativa, em qualquer das ações em que ela se manifesta (ato, regulamento e contrato)<sup>29</sup>. Duas conclusões parecem resultar daqui. Em primeiro lugar, muito embora subsistam visões que procuram matizar a distinção conceptual, os dados de direito positivo justificam que se mantenha uma clara distinção entre contrato administrativo e contrato de direito privado celebrado pela administração: trata-se de uma “direta implicação da própria existência de um regime específico do contrato administrativo, que não se aplica aos contratos de direito privado, mesmo quando celebrados pela administração”<sup>30</sup>. Em segundo lugar, qualquer integração de lacunas do ordenamento jurídico-administrativo –

<sup>28</sup> Cf. HAURIUO, M. *Précis de droit administratif et de droit public*. Reed. da 12. ed. de 1933. Dalloz-Sirey, 2002. p. 21-22. Apontando as causas da génese essencialmente jurisprudencial, associada a um défice de constitucionalização material, no Direito francês, cf. CORREIA, J. M. Sérvulo. *Anot. ao art. 200*, p. 438.

<sup>29</sup> É a posição que acolhe a adesão, julga-se, da totalidade dos administrativistas portugueses e da grande maioria dos administrativistas internacionais. Já assim, percorrendo os vários trilhos de integração de lacunas de Direito Administrativo dentro do ramo *macro* do Direito Público até chegar aos *princípios gerais de direito*, sem recorrer à integração com regras e princípios do Direito Privado, cf. CAETANO, M. *Manual de direito administrativo*. 10. ed., 9. reimp. Coimbra: Almedina, 2016. v. 1, p. 136-137. Afirmando que a “conceção do Direito Administrativo como direito especial [...] está superada”, cf. QUEIRÓ, A. Rodrigues. *Lições de direito administrativo*. Coimbra, 1976. p. 188. Indicando, em 1980, que “já vai longe o tempo em que as normas relativas à organização, funcionamento e atividade da Administração eram encaradas como meras exceções ao Direito Privado, que gozaria, portanto, do estatuto de direito-regra [...] reconhecendo-se [hoje] pacificamente que, se o Direito Privado constitui o regime regra das relações entre particulares, também o Direito Administrativo é a disciplina comum, normal, nas relações jurídicas em que a Administração é parte” o que, entre outros aspetos, implica que “o recurso à analogia com o Direito Privado estaria absolutamente excluído, por isso que não é possível encontrar casos semelhantes entre um ramo de direito que discipline conflitos de interesses de peso e natureza essencialmente diversos (o Direito Administrativo) de outro, para o qual os interesses conflitantes são em princípio iguais – o Direito Privado”, cf. OLIVEIRA, M. Esteves de. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1980. v. 1, p. 4-75, 167. Em sentido totalmente coincidente, entre tantos, AMARAL, D. Freitas do. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. Coimbra, 2015. v. 1, p. 157-158; OTERO, P. *Legalidade e administração pública*, p. 811; CORREIA, J. M. Sérvulo. *Anot. ao art. 200*, p. 438; ANDRADE, J.C. Vieira de. *Lições de direito administrativo*. 4. ed. Coimbra: IUC, 2015. p. 15; SOUSA, M. Rebelo de; MATOS, A. Salgado de. *Direito administrativo geral*, v. 1, p. 80-81; ALMEIDA, M. Aroso de. *Teoria geral do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 21. Em Espanha, PARADA, R. *Derecho administrativo i: parte general*. 19. ed. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 29; GARCIA DE ENTERRÍA, E. RAMÓN FERNANDEZ, T. *Curso de derecho administrativo*. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004. p. 45. Nos países germânicos, MERKL, A. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, p. 102-111; SCHMIDT-ASSMAN, E. *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs Idee*, p. 295-296. Em países de língua francesa, MOOR, P. *Droit administratif i: les fondements généraux*. Berne: Stämpfli Editions, 1994. p. 115.

<sup>30</sup> Cf. GONÇALVES, P. *O contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 48. No sentido da unificação dos conceitos, que não se subscreve, cf. ESTORNINHO, M. João. *Requiem pelo contrato administrativo*, p. 151 et seq.

quer em geral, quer em matéria contratual, far-se-á através desta sequência: (i) “analogia dentro do regime de Direito Administrativo; (ii) integração por princípios gerais do Direito Administrativo; (iii) princípios gerais do Direito Público; (iv) princípios gerais de Direito [Comum]”<sup>31</sup>.

A resposta à “questão” é, por defeito, uma “resposta negativa”. Admite-se a “resposta intermédia” apenas quando a receção de normas de Direito Privado é *neutra* em face da convivência dos princípios de Direito Administrativo ou, no limite, suscetível de sofrer as adaptações decorrentes da projeção desses princípios<sup>32</sup>.

#### 4. Subsistemas normativos e princípios próprios: os riscos da transposição acrítica de princípios

Os princípios jurídicos são, em virtude da sua economia informativa, normas com capacidade identificativa de um determinado (sub)sistema normativo. O princípio assume um carácter fundamental nesse (sub)sistema, público ou privado, em virtude da sua aplicabilidade potencial em vastas situações, permitindo a dedutibilidade (em sentido logicamente amplo) de outras normas a partir daquele. A fundamentalidade deontológica dos princípios pode ilustrar-se de duas formas. Por um lado, (i) reporta-se à capacidade, que os princípios demonstram, de permitir deduzir outras normas a partir dos próprios: a norma *N1* é fundamento da norma *N2* quando *N1* tem um âmbito de aplicação mais genérico que *N2* e quando *N2* pode ser deduzida de *N1*, em termos de *N2* ser uma *especificação* de *N1*. Por outro, (ii) faz sobressair a ordenação teleológica dos princípios, por contraposição às normas daqueles deduzidas, as quais configuram meios para obter os fins especificados nos primeiros: a norma *N1* é fundamento da norma *N2* quando *N2* constitui uma *implementação* de *N1*, o que apenas sucede

---

<sup>31</sup> Em sentido próximo, mas não totalmente coincidente, cf. AMARAL, D. Freitas do. *Curso de direito administrativo*, v. 1, p. 149-150.

<sup>32</sup> Como refere P. Otero (*Legalidade e Administração Pública*, p. 795), “[N]o silêncio da lei não é possível extrair qualquer habilitação justificativa de as entidades do sector público administrativo recorrerem à aplicação do Direito Privado, antes vigorando um princípio geral de actuação segundo o Direito Administrativo, enquanto Direito “natural” da actuação administrativa das entidades públicas”. Sobre os princípios de Direito Administrativo como fator de interpretação, incluindo face a regras vinculadas, “impondo, por exemplo, uma interpretação mais extensiva ou mais restritiva ou vedando uma coisa ou outra.” Cf. OLIVEIRA, R. Esteves de. Os princípios gerais da contratação pública. In: GONÇALVES, P. (org.) *Estudos de contratação pública*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 1, p. 53-55.

quando *N1* é uma norma que prescreve um fim a alcançar (norma teleologicamente orientada) e *N2* é um meio para obter o fim fixado em *N1*.

Os princípios são, portanto, normas simultaneamente caracterizantes e reguladoras de um (sub)sistema normativo ou do próprio ordenamento global<sup>33</sup>. Sem pretensões de exaustividade, existem:

- (i) *princípios gerais do ordenamento*, que enformam todo o sistema normativo tendo-o como matéria (globalmente) regulada, conferindo-lhe o correlativo fundamento deontológico: é o caso do (ia) o princípio da legalidade<sup>34</sup>, (ib) o princípio da boa-fé<sup>35</sup> ou (ic) o princípio da justiça<sup>36</sup>;
- (ii) *princípios gerais de subsistemas*, que enformam ramos específicos do Direito, como o Direito Privado ou o Direito Público, ou especificamente, sectores de disciplina jurídica; assim, as normas de Direito Administrativo “convivem” (i.e., relacionam-se e conflituam), entre outros, com o (iia) princípio da prossecução do interesse público; (iib) princípio da igualdade; (iic) princípio da proporcionalidade;

<sup>33</sup> Segue-se, com algumas alterações, a exposição em LOPES, P. Moniz. *Contratos administrativos e boa fé*, p. 17-25. No plano axiológico, tratar-se-á de princípios que fundamentam valorativamente todo o sistema normativo. Cf. LOPES, P. Moniz. *Princípio da boa fé e decisão administrativa*, p. 96-97, nota 218. Cf., também, GUASTINI, R. *Los principios en el derecho positivo*, p. 151 et seq.; TAMAYO, G. Silva. *Desviación de poder y abuso de derecho*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006. p. 30-38; PINO, G. I principi tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione giuridica. *Diritto & Questioni Pubbliche*, n. 11, 2011. p. 86.

<sup>34</sup> Sobre a legalidade em geral, subdividida na legalidade de compatibilidade (do Direito Civil) e legalidade de conformidade (do Direito Administrativo), transpondo a construção de C. Eisenmann, cf. CORREIA, J. M. Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra, 1987 (reimp. de 2003), p. 58 et seq.; LOPES, P. Moniz. *Derrotabilidade normativa e normas administrativas: o enquadramento das normas regulamentares na teoria dos conflitos normativos: parte ii: separação de poderes, legalidade e transitividade normativa*. Lisboa: AAFDL, 2019. v. 2, p. 162 et seq.

<sup>35</sup> Sustentando a existência paralela de uma norma geral e de normas especiais (públicas e privadas) de boa-fé, cf. LOPES, P. Moniz. *Princípio da boa fé e decisão administrativa*, p. 207 et seq. Sobre a boa-fé como norma geral do ordenamento, cf. MERUSI, F. *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: dagli anni “trenta” all’ “alternanza”*. Milano: Giuffrè, 2001. p. 137; ANTONIAZZI, S. *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*. Torino: G. Giappichelli, 2005. p. 151; BLANCO, F. Castillo. *La interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico público: especial referencia al abuso del derecho*. Madrid: INAP, 2007. p. 264-270; MÜLLER-GRUNE, S. *Der Grundsatz von Treu und Glauben im Allgemeinen Verwaltungsrecht: eine Studie zu Herkunft, Anwendungsbereich und Geltungsgrund*. Hamburg: Verlag Dr. Kovac, 2006. p. 13; OLIVEIRA, M. Esteves de. *Direito administrativo*, v. 1, p. 76.

<sup>36</sup> AMARAL, D. Freitas do. O princípio da justiça no artigo 266º da Constituição. *Studia Iuridica*, Coimbra, n. 61, p. 685-704, 2001. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares.

ou (iid) princípio da imparcialidade<sup>37</sup>; já as normas de Direito Civil, por sua vez, “convivem”, entre outros, com (iia’) princípio da autonomia privada; (iib’) princípio da igualdade das partes; (iic’) princípio do *favor negotii* ou (iid’) princípio do equilíbrio contratual;

(iii) *princípios gerais de instituições jurídicas ou de matéria jurídicas determinadas*, reconduzíveis a princípios que têm como âmbito de aplicação normativa uma matéria concreta integrada dentro de um subsistema jurídico, designadamente os princípios relativos à contratação pública, ao negócio jurídico privado etc.; por exemplo, as normas de direito da contratação pública, enquanto sub-ramo de Direito Administrativo, “convivem”, entre outros, com o (iiia) princípio da concorrência<sup>38</sup>; (iiib) princípio da intangibilidade das propostas; (iiic) princípio da sustentabilidade e da responsabilidade; (iiid) princípio da publicidade e da transparência<sup>39</sup>.

Arrancando de um equívoco de base, a tese da “resposta positiva” projeta-o na disfuncionalidade da aplicação de normas de Direito Civil a um contexto normativo (público) enformado por princípios radicalmente distintos. Tomando como exemplo o princípio da boa-fé, Menezes Cordeiro sustenta que

*dependendo da situação lacunosa considerada e da sindicância operada através dos princípios de Direito Público, o Direito civil pode ser chamado a complementar ou a integrar as mais diversas situações administrativas. Podemos estar perante institutos que o Direito público prevê mas não desenvolve – p. ex. a boa fé, [...] o Direito civil daria corpo aos princípios gerais do ordenamento [...] o Direito civil seria chamado a depor quando regulasse um caso análogo ao carecido de regras públicas.*<sup>40</sup>

<sup>37</sup> Cf., por todos, OTERO, P. *Direito do procedimento administrativo*, v. 1, p. 135-285; SOUSA, M. Rebelo de; MATOS, A. Salgado de. *Direito administrativo geral*, v. 1, p. 213-217.

<sup>38</sup> Cf. OTERO, P. *Direito do procedimento administrativo*. Coimbra: Almedina, 2016. v. 1, p. 244 et seq. Qualificando-o como um princípio cardinal da ordem jurídica, cf. GONÇALVES, P. Concorrência e Contratação Pública (a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública). In: *Estudos Em Homenagem a Miguel Galvão Teles*. Coimbra: Almedina, 2012. v. 1, p. 482.

<sup>39</sup> Vejam-se os considerandos 58, 90 e 101 das Directivas 2014/24/UE e 2014/25/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, ambas de 26 de fevereiro de 2014. Cf. OLIVEIRA, R. Esteves de. *Os princípios gerais da contratação pública*, p. 51 et seq.

<sup>40</sup> CORDEIRO, A. Menezes. *Do direito privado como direito comum português*, p. 125-126.

Não se vê, porém, como os princípios de Direito Público podem “sindicar” a aplicação sem que tenham, *pari passu*, capacidade regulativa para obstar à própria lacuna, tudo considerado. O autor não aprofunda como opera essa sindicância.

Já se aludiu, em 2010, ao perigo da transposição acrítica de princípios para fora do seu (sub)sistema de origem: remete-se para o que aí se escreveu<sup>41</sup>. Dá-se agora breve nota de alguns exemplos da disfuncionalidade da “resposta positiva”, em particular no perímetro do conceito de “contrato administrativo” e na aplicação dos cânones civilísticos à sua interpretação.

### 5. A disfuncionalidade da aplicação dos cânones interpretativos civilísticos ao contrato administrativo: o caso da boa-fé

Em matéria de interpretação e integração da declaração negocial em sede de Direito Privado, relevam particularmente – não obstante o seu teor parcialmente distinto – as normas jurídicas correspondentes aos artigos 236-239 do Código Civil Português e do § 1º do artigo 113 do Código Civil Brasileiro. Trata-se de regras jurídicas totalmente enformadas pelo princípio (civilístico) da boa-fé (embora o Código Civil Brasileiro seja mais generoso na permissão de contratualização de regras interpretativas e de integração).

---

<sup>41</sup> Cf. LOPES, P. Moniz. *Princípio da boa fé e decisão administrativa*, p. 285: “é de se evitar uma importação do tratamento doutrinário da norma da tutela administrativa da confiança, decalcando-a dos moldes privatísticos que lhe subjazem [...] poderá produzir efeitos perniciosos [...] É por demais sabido que a desinserção de uma norma do sistema ou subsistema a que pertence, bem como a construção artificial dos respetivos pressupostos, pode redundar num mimetismo acrítico de instituições jurídicas com origem noutros ramos e que carecem de um processo de reconceitualização.” M. Esteves de Oliveira (*Direito Administrativo*, v. 1, p. 76-77) refere que “[as noções e regras] comuns “encarnam” por forma diferente em cada um desses ramos, consoante as características e necessidades de cada um – e, por isso, para além do núcleo comum, essas regras e noções acabam por assumir especialidades que as tornaram diferentes no Direito Privado e no Direito Administrativo”. Já Marcello Caetano (*Manual de Direito Administrativo*, v. 1, p. 64) alertava que “a identidade de designação de certos institutos no Direito Administrativo e no Direito Privado não deve, porém, induzir no erro de pensar que correspondem às mesmas realidades: A verdade é que estas requerem regimes jurídicos diferentes, consoante se localizam no campo dos interesses privados ou no reino do interesse público”. Neste sentido, também, SCHMIDT-ASSMAN, E. El método de la ciencia del derecho administrativo. In: BARNES, Javier (coord.) *Innovación y reforma en el derecho administrativo*. Sevilla: Global Law Press, 2006. p. 147-149; PAREJO ALFONSO, L. *Leciones de derecho administrativo*. Barcelona: Casa del Libro, 2003. p. 503; em concreto quanto à transposição acrítica da boa-fé para o Direito Público, MERUSI, F. *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, p. 184; SANCHEZ MORÓN, M. *Venire contra factum proprium non valet*: Madrid: DA, 2002. p. 224.

Assim, sem pretensões de exaustividade dada a economia do artigo, nos termos do artigo 236 do Código Civil Português, a declaração negocial é interpretada de acordo com a impressão razoável do “declaratário [normal]”, colocado na posição do real declaratário, sem prejuízo da prevalência da vontade real do declarante, quando esta for do conhecimento do declaratário. A vontade real prevalece inclusivamente nos negócios formais quando tiver apenas um “mínimo de correspondência” no texto, desde que as razões determinantes da forma do negócio não se oponham a tal (artigo 238 do Código Civil Português). Em casos de dúvidas na interpretação de negócios jurídicos onerosos, prevalecerá aquela que conduzir ao maior equilíbrio das prestações (artigo 237 do Código Civil, com semelhante regulação pelo IV do § 1º do artigo 113 do Código Civil Brasileiro). A interpretação do negócio jurídico deve atribuir o sentido que for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio e for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo (I do § 1º do artigo 113 do Código Civil Brasileiro)<sup>42</sup>.

As normas de interpretação e de integração dos negócios jurídicos privados encontram-se intrinsecamente ligadas aos princípios do (sub)sistema de Direito Civil, no que concerne à formação da vontade do declarante e do conteúdo da respetiva declaração negocial. Assentam na liberdade de celebração e liberdade de estipulação. Quer isto significar, no essencial, que o leque de normas interpretativas *supra* identificado se subordina, naturalmente, à prevalência da autonomia privada – entendida como “um espaço de liberdade jurídica atribuído, pelo Direito, às pessoas [...]” e que “[...] deixa à liberdade humana a prática de factos jurídicos”<sup>43</sup>.

Afigura-se flagrante a inadequação e disfuncionalidade da aplicação das aludidas normas civilísticas no quadro do Direito Administrativo e, em especial, no contexto da contratação pública<sup>44</sup>. Neste último,

---

<sup>42</sup> Segundo Pedro Pais de Vasconcelos, deve ter-se em conta, na tarefa interpretativa, “o modo como foram executando os negócios no tempo, a atitude negocial que perante eles foram assumindo, o que os negócios para elas foram sendo durante e ao longo do tempo da duração e da sua execução” (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 471).

<sup>43</sup> Cf. CORDEIRO, A. Menezes. *Tratado de direito civil*, v. I-1, p. 218.

<sup>44</sup> Para mais desenvolvimentos, cf. LOPES, P. Moniz. *Contratos administrativos e boa fé*, p. 69 et seq. Também no sentido do texto, SOUSA, M. Rebelo de; MATOS, A. Salgado de. *Direito administrativo geral*. 2. ed. Lisboa: D. Quixote, 2006. v. 3, p. 387. O Tribunal Central Administrativo Norte Português já teve oportunidade de referir que “Diferentemente do que se verifica ocorrer no âmbito dos negócios jurídico-privados (cf. artigos 236-239 do C.Civil), não existem normas jurídicas que especificamente

a autonomia estipulativa é praticamente nula, vedando a lei e os princípios jurídicos que esta ocorra em subversão da concorrência apurada em procedimento competitivo pré-contratual<sup>45</sup>. A legalidade de conformidade e os demais princípios enunciados de Direito Administrativo, assim como a procedimentalização da actividade contratual administrativa e a funcionalização desta à prossecução do interesse público, traduzem uma total inversão ante a matriz do contrato de Direito Civil. No âmbito da contratação pública, é cometida à lei a total regulação do procedimento contratual e a esta se subordina substancial parte da declaração negocial do adjudicante, enquanto contraponto da autonomia pública.

Nas palavras de Sérvulo Correia, “[a]o contrário da autonomia privada, que consiste num “vazio” de normação injuntiva que os sujeitos preenchem sem qualquer referência necessária a situações e a conteúdos típicos, a autonomia pública é sempre o fruto de uma norma específica”, representando “normalmente a vontade do legislador de deixar à administração poderes de decisão adaptativa”<sup>46</sup>. No mais, isto é, em tudo quanto não seja abarcado pela autonomia pública (excepcional), aplicar-se-á a legalidade de conformidade (norma geral de direito administrativo)<sup>47</sup>.

A relevância conferida à teoria da impressão do declaratório, assim como a preponderância da vontade real na interpretação do contrato,

---

disponham sobre os termos a que deve obedecer a interpretação do contrato administrativo, pelo que, tendo em consideração que a Administração Pública se encontra orientada para a satisfação do interesse público, essas regras interpretativas devem ser procuradas, em primeira linha, no sistema de Direito Administrativo”. Acórdão TCA-N, de 27 de junho de 2014, proc. 01180/06.7BEBRG. Disponível para consulta em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>45</sup> Como é entendimento pacífico do Tribunal de Justiça da União Europeia (jurisprudência *Presstext* e outras anteriormente indicadas), quaisquer alterações introduzidas nas disposições de um contrato público durante a sua vigência – nomeadamente alterações substanciais relativas a “condições que, se tivessem figurado no procedimento de adjudicação inicial, teriam permitido admitir proponentes diferentes dos inicialmente admitidos ou teriam permitido aceitar uma proposta diferente da inicialmente aceite” – constituem uma nova adjudicação, neste caso clamorosamente ilegal por preterição de procedimento prévio. Cf. GONÇALVES, P. Acórdão “Presstext”: Modificação de Contrato Existente vs. Adjudicação de Novo Contrato. *CJA*, n. 73, p. 19; RAIMUNDO, M. Assis. *A formação dos contratos públicos: uma concorrência ajustada ao interesse público*. Lisboa: AAFDL, 2013. p. 587 et seq.

<sup>46</sup> Cf. CORREIA, J. M. Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, p. 473.

<sup>47</sup> Afirmando a conduzir à conclusão inversa à do Direito Privado: a da presunção do carácter injuntivo das normas como critério de interpretação. Cf. CORREIA, J. M. Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, p. 707-708. O autor esclarece ainda, a este propósito, que, na medida em que os contratos administrativos formam um instituto do Direito Público, “não parece [...] abusiva a ideia exploratória de que – sob o influxo do princípio da legalidade – a sua utilização deva ser enquadrada pelo princípio administrativo da competência em de vez de pela figura da autonomia privada” – cf. CORREIA, J. M. Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, p. 562.



contendem com o facto de a interpretação dos contratos administrativos dever ser predominantemente objectiva<sup>48</sup>, correspondendo o “sentido das declarações”, em virtude de a sua celebração ser antecedida de “um processo de comunicação transparente e juridicamente regulado” e a “um sentido objectivamente determinável – nomeadamente se for caso disso, por um tribunal”<sup>49</sup>. Já a interpretação do contrato administrativo em conformidade com um equilíbrio contende com o princípio da concorrência (ajustada ao interesse público, para utilizar uma expressão de Miguel Assis Raimundo) e com o carácter procedimentalizado da contratação pública, em particular na interpretação do contrato em consonância com o interesse público, as peças do procedimento e com os antecedentes procedimentais. Aliás, o disposto no artigo 237 do Código Civil Português consubstancia um maniqueísmo de regime entre negócios onerosos e gratuitos. Nos contratos administrativos (e, porventura nos próprios contratos de direito privado) está sujeito forçosamente a uma adaptação à “equação económica” do contrato em questão, considerando a transferência do risco para o contraente privado (como sucede nas Parcerias Público-Privadas)<sup>50</sup>.

Mais grave é a latitude com que se vai admitindo a interpretação do contrato administrativo com base na conjugação da vontade real e legítimas expectativas alegadamente criadas, pelo contraente privado, a partir de um sentido que é imperfeitamente expresso no texto contratual. O “respeito ancestral pelas combinações feitas e pela palavra dada” não pode, sem mais, contrariar a vontade pública em contratar com a melhor proposta do mercado materializada nessa concorrência: é precisamente a forma do negócio jurídico-administrativo (e as formalidades que o antecedem) que se opõem a essa validade<sup>51</sup>. Em última análise, está em causa a própria legalidade financeira e fiscalização da utilização de dinheiros públicos.

<sup>48</sup> Para mais desenvolvimentos sobre os critérios interpretativos dos contratos administrativos. Cf. LOPES, P. Moniz. *Contratos administrativos e boa fé*, p. 96 et seq.

<sup>49</sup> Cf. SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, A. Salgado de. *Direito administrativo geral*, v. 3, p. 387; AMARAL, D. Freitas do. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. Coimbra, 2016. v. 2, p. 493-494. A vontade real do declarante privado apenas vale conquanto se conforme à legalidade vigente. Cf. OTERO, P. *Legalidade e administração pública*, p. 525.

<sup>50</sup> Cf. TORRALBA, L.; GERALDES, J. de Oliveira. Concessão de atividades públicas e direitos de exclusivo. *ROA*, ano 72, p. 1109-1112, 2012.

<sup>51</sup> A expressão é de Menezes Cordeiro (*Contratos públicos*, p. 105).

A interpretação do contrato administrativo de acordo com vontade real é geradora de um programa contratual desconforme com o texto do contrato enviado para Tribunal de Contas. O “jogo privado de linguagem” a que corresponde a vontade real das partes não resulta, desse modo, cognoscível pela entidade de controlo, que não tomou parte nesse “acordo”. Redunda simplesmente numa subtração à sua atividade fiscalizadora que é *prima facie* determinante da ineficácia parcial desse programa contratual. Mesmo que o Estado seja a contraparte pública do contrato administrativo, não se lhe pode simplesmente aplicar o *venire contra factum proprium*. O modelo de fiscalização traça uma distinção entre o “Estado Contratante” e “Estado Fiscalizador”, na figura do Tribunal de Contas. A fiscalização da legalidade financeira não pode ser condicionada, em termos idênticos aos quadros jusprivatistas, ao cumprimento (ou omissão de cumprimento) dos deveres de boa-fé. Só dentro de certos limites.

A diferente operatividade do princípio da boa-fé nos contratos administrativos é de tal monta que molda o próprio conceito de “contrato”. Na realidade, considerando o exposto e para efeitos de incidência de fiscalização prévia da despesa pública pelo Tribunal de Contas, um “contrato” é necessariamente representativo do acordo resultante de um contrato *escrito* que consagre, de modo integral, a vontade real das partes<sup>52</sup>. A existência de qualquer distonia entre, de um lado, o conteúdo do contrato escrito enviado para Tribunal de Contas e, do outro, o acordo global integrante da vontade real resultaria numa grave modificação contratual, violadora da ordenação das propostas e do princípio da concorrência<sup>53</sup>. Não se trataria de uma modificação na execução do contrato, mas de uma diferenciação entre o contrato fiscalizado e o “contrato real”, com idênticas consequências.

Por fim, importa considerar a relevância interpretativa das condutas *post pactum finitum* nos contratos administrativos. Trata-se, neste caso, novamente de um tópico de diferenciação entre os dois tipos de contratos. Ao passo que nos contratos de direito privado, para além das “circunstâncias de tempo, lugar e outras, que precederam a sua elaboração ou são contemporâneas desta”, se deve atender à “posição assumida pelas

<sup>52</sup> Em Portugal, releva a alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º e alíneas b) e d) do n.º 1 e n.º 2 do artigo 46 da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, na sua redação atual [LOPTC].

<sup>53</sup> Cf. alínea d) do n.º 1 do artigo 46 da LOPTC.

partes na execução do negócio”<sup>54</sup>, no âmbito dos contratos administrativos tal admissibilidade ampla levaria a uma posição francamente inadmissível perante o princípio da concorrência e, em particular, o princípio da prossecução do interesse público. No campo do Direito Civil, o contrato é, como se viu, fruto da autodeterminação privada, o que concorre para que se apresente como um elemento *orgânico e mutável*, para cuja interpretação se pode lançar mão das condutas realizadas pelas partes contratantes e, inclusivamente, de condutas *post pactum finitum*. Distintamente, no Direito Administrativo essa solução encontra-se *prima facie* vedada. Admiti-la equivaleria a admitir que um contratante privado pode fazer uma proposta francamente competitiva, “ganhar” o contrato e, uma vez cocontratante – qual “cavalo de Troia” –, beneficiar-se de desatenções, negligências ou benesses do contraente público, que redundariam num regime inteiramente distinto (mais oneroso) do que o que resultou do procedimento adjudicatório competitivo<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> Cf. ALMEIDA, C. Ferreira de. *Contratos IV: funções, circunstâncias, interpretação*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 262.

<sup>55</sup> A única relevância interpretativa que pode ser dada às condutas posteriores das partes é precisamente aquela a respeito dos atributos do contrato que não tenham sido postos à concorrência e cuja obrigatoriedade não resulte de uma legalidade de conformidade estabelecida pelo procedimento concorrencial e pelas peças do procedimento. De outro modo, facilmente por mero descuido da Administração Pública surgiriam legítimas expectativas do contraente privado, com efeitos erosivos da legalidade, frustradores das legítimas expectativas dos concorrentes preteridos em contexto concorrencial (e da própria concorrência enquanto vetor normativo dos procedimentos adjudicatórios) e destrutivos do erário público e do interesse público aí implicado.





**A nova Lei de Licitações e Contratos  
Administrativos (Lei nº 14.133/21)**

